

FALLBEARBEITUNG

ÖFFENTLICHES RECHT

VON KOPPENFELS-SPIES/BAAR ► **Schwerpunktbereichsklausur**

Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Rückforderung von Subventionen – „Biofleisch, nein danke“



Direkt mit den Autoren diskutieren:
Mo., 17. 5. 2010, 15.00 – 17.00 Uhr

JUS-COMMUNITY.DE

Die Klausur greift anhand der Problematik der Rückforderung von Subventionen examensrelevante Fragestellungen des allgemeinen Verwaltungsrechts auf. Im Mittelpunkt der Bearbeitung stehen die §§ 49, 49a VwVfG. In prozessualer Hinsicht geht es um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Sachverhalt

Das Bundesland L vergibt seit 2002 Zuschüsse zur Förderung der Herstellung und Vermarktung ökologischer Lebensmittel. Das entsprechende Programm „Pro-Öko“ wird zu 50% aus Haushaltsmitteln des Landes L und zu 50% aus Mitteln der Europäischen Kommission finanziert. Zuständig für den Verwaltungsvollzug in L sind die Regierungspräsidien (RP).

Nach den zwischen dem Landwirtschaftsministerium und der Kommission abgestimmten Verwaltungsvorschriften kann auch die Umstellung von Schlachthöfen auf ökologische Fleischproduktion gefördert werden. Voraussetzung für die Zuschussbewilligung ist, dass fünf Jahre lang 70% der Verarbeitungskapazität zur Verarbeitung von Ökofleisch genutzt werden.

Karl Keuler (K) betreibt seit den 1980er Jahren einen Schlachthofbetrieb in der Gemeinde Kammersdorf. Er beantragt beim zuständigen RP am 1. 5. 2002 einen Zuschuss zur Renovierung und Umstellung seines Schlachthofes auf ökologische Fleischproduktion.

on. Das Gesamtvolumen der Umbaumaßnahme beläuft sich auf 1,3 Millionen Euro. Mit Bescheid vom 30. 9. 2002 erhält K einen Baukostenzuschuss von 750 000 Euro aus dem Programm „Pro-Öko“ mit der Maßgabe, 70% Tiere aus ökologisch-biologischer Aufzucht zu verarbeiten. Am 1. 1. 2003 geht der umgebaute Schlachthof in Betrieb.

Im gleichen Jahr treten europaweit (auch in L) verschiedene Tierseuchen auf. Um diese einzudämmen, werden in großem Umfang insbesondere Rinder- und Schweinebestände auf Grund behördlicher Anordnungen vernichtet. Der Verkauf von Rind- und Schweinefleisch sinkt auf den für K relevanten Absatzmärkten um 40%. K gelingt es daher schon im Jahr 2003 nicht, den Schlachthof den

* Der Autor *Manssen* ist Inhaber eines Lehrstuhls für Öff. Recht, insb. dt. und europ. VerwR, an der Universität Regensburg, an dem die Autorin *Greim* als Wiss. Mitarbeiterin tätig ist. – Der Fall wurde im Wintersemester 2009/2010 in leicht abgewandelter Form i. R. der Regensburger Examensvertiefung (REX) behandelt.

Bewilligungsbedingungen entsprechend auszulasten. Lediglich 20–30% der Kapazität werden für die Verarbeitung von Ökofleisch genutzt, 40% werden für normale Fleischverarbeitung verwendet, der Rest bleibt ungenutzt.

In einem durch Auflage zum Bewilligungsbescheid vorgeschriebenen Bericht erhält das RP jeweils Anfang Februar des Folgejahres Kenntnis über die vorjährige Auslastung des Schlachthofes und den Anteil der Biofleischproduktion. Im März 2008 kommt es deshalb zu einem Gespräch zwischen K und Vertretern der Behörde, in dem K darauf hingewiesen wird, dass er mit einer Aufhebung des Bescheides rechnen müsse, da die Bewilligungsbedingungen nicht eingehalten wurden. Die Vertreter der Behörde versichern K jedoch zu versuchen, über das Landwirtschaftsministerium von L eine Abweichung von den mit der Kommission vereinbarten Verwaltungsvorschriften zu erreichen. Dies scheitert jedoch am Widerstand der Kommission, die in einem internen Gespräch im Januar 2009 darauf besteht, dass nicht ordnungsgemäß verwendete Zuschüsse zurückgefordert werden.

Mitte 2008 steht das Unternehmen des K kurz vor der Insolvenz. Die 30 Arbeitnehmer erhalten Kurzarbeitergeld oder sind im unbezahlten Urlaub. Das Schlachthofgrundstück als einziger Vermögenswert des K ist mit 1,1 Millionen Euro zur Absicherung von Bankdarlehen belastet. Der Wert des Schlachthofs wird aktuell auf 800 000 Euro geschätzt. Die Wertminderung trat Anfang des Jahres 2004 ein, als absehbar war, dass die Krise der Fleischindustrie nicht nur vorübergehender Natur sein würde.

Das Landwirtschaftsministerium weist das RP Mitte 2009 an, den Bewilligungsbescheid insgesamt aufzuheben. Ohne nochmals mit K in Kontakt zu treten, erlässt die Regierung einen entsprechenden Bescheid (vom 10. 12. 2009, mit einfachem Brief zur Post gegeben am 11. 12. 2009). Die Bewilligung wird mit Wirkung zum 1. 1. 2003 aufgehoben. Gleichzeitig wird der Baukostenzuschuss i.H. von 750 000 Euro zurückgefordert. Eine Zinsforderung wird mit korrekter Berechnung – ausgehend vom 1. 1. 2003 bis zum 10. 12. 2009 – festgesetzt. Zur Begründung stützt sich die Behörde auf die Argumentation des Landwirtschaftsministeriums. Es wird ausgeführt, dass K die Bewilligungsbedingungen nicht eingehalten habe. Wegen des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit werde deshalb der Bescheid aufgehoben. Da nie ein ökologischer Schlachtbetrieb im geplanten Umfang stattgefunden habe, erfolge die Aufhebung rückwirkend.

Auf Grund der problematischen wirtschaftlichen Lage befindet sich das gesamte Personal des Schlachthofes seit dem 7. 12. 2009 bis zum 11. 1. 2010 im Betriebsurlaub. Erst am 22. 1. 2010 wendet sich K an seinen Rechtsanwalt (R). Dieser erhebt noch am gleichen Tag schriftlich Klage beim zuständigen VG gegen den Bescheid vom 10. 12. 2009, wobei er Wiedereinsetzung beantragt, weil K auf Grund der Betriebsferien die Klagefrist versäumt habe und ihn der Aufhebungsbescheid auch völlig unerwartet getroffen habe. R trägt vor, die Aufhebung sei aus Fristgründen nicht möglich. Sie sei auch sinnlos, da bei K ohnehin „nichts zu holen“ sei. Bei einer Insolvenz würden die Banken teilweise befriedigt, der Staat aber leer ausgehen. Bleibe der Widerruf bestehen, müsse der Schlachthof Insolvenz anmelden. Die Arbeitsplätze gingen damit verloren. Darüber hinaus sei ein Widerruf – wenn überhaupt – nur mit Wirkung für die Zukunft möglich, da K an der Nichterfüllung der Vorgaben hinsichtlich der Biofleischproduktion kein Verschulden treffe. K habe zudem in erheblichem Maße eigenes Vermögen investiert und verloren. Von K auch noch Zinsen für die Vergangenheit zu verlangen, gehe definitiv zu weit. Außerdem erhebe K vorsorglich die Einrede der Entreicherung, da der umgebaute Schlachthof erheblich an Wert verloren habe.

Aufgabe: Hat die Klage des K Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitervermerk: Normen des Europarechts spielen für die Lösung keine Rolle. Das LVwVfG des Landes (LVwVfG) entspricht inhaltlich dem VwVfG des Bundes. Das Ausführungsgesetz zur

VwGO des Landes L (AGVwGO) verlangt keine Durchführung eines Widerspruchsverfahrens vor Klageerhebung. Das Land L hat von der Ermächtigung des § 78 I Nr. 2 VwGO keinen Gebrauch gemacht. Jedenfalls hilfsweise ist die Frage zu erörtern, ob die in dem Bescheid festgesetzte Rückforderung des Zuschusses rechtmäßig wäre, wenn die Aufhebung der Bewilligung nur ex nunc hätte erfolgen dürfen.

Gliederung

- A. Zulässigkeit
 - Problem:* Wiedereinsetzung in den vorigen Stand
- B. Objektive Klagenhäufung
- C. Begründetheit
 - I. Formelle Rechtmäßigkeit des Bescheids
 - II. Materielle Rechtmäßigkeit des Bescheids
 - 1. Widerruf der Subvention nach § 49 III LVwVfG
 - a) Tatbestandsvoraussetzungen
 - aa) Rechtmäßiger Verwaltungsakt über Geldleistung mit Zweckbindung
 - bb) Widerrufsgrund
 - cc) Frist
 - Problem:* Entscheidungsfrist
 - b) Ermessen
 - Problem:* Verhältnismäßigkeit; Widerruf ex tunc oder ex nunc; Weisung des Ministeriums
 - 2. Rückforderung des Baukostenzuschusses plus Zinsen
 - a) Rechtsgrundlage
 - Problem:* Bei Widerruf ex nunc öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch bzw. § 49 a LVwVfG analog?
 - b) Umfang der Rückerstattung
 - Problem:* Entreicherungseinwand; Bösgläubigkeit
 - III. Ergebnis

Lösung

Die Klage hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg

Nach § 40 I 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art. Die Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen dem Öffentlichen Recht zuzurechnen sind. Hier geht es um die Aufhebung eines Subventionsbescheides. Diese erfolgt nach den §§ 48 ff. LVwVfG. Dabei handelt es sich um Sonderrecht der öffentlichen Verwaltung und somit um Öffentliches Recht.

II. Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem klägerischen Begehren, § 88 VwGO, und dem zu Grunde liegenden Lebenssachverhalt. Hier will sich K gegen die Aufhebung und Rückforderung der Subvention wehren. Die mit Bescheid vom 30. 9. 2002 bewilligte Gewährung des Baukostenzuschusses stellte einen Verwaltungsakt i.S. von § 35 S. 1 LVwVfG dar. Deren Aufhebung als actus contrarius zur Subventionsbewilligung erfolgte ihrerseits durch Verwaltungsakt (§ 35 S. 1 LVwVfG). Auch die in dem Bescheid festgesetzte Verpflichtung zur Rückzahlung der Subvention in einer genau bestimmten Höhe unter Berücksichtigung des geltend

gemachten Zinsanspruchs hat Verwaltungsaktcharakter, wobei die Festsetzung der Forderung durch Verwaltungsakt eine eigenständige Belastung darstellt. Richtige Klageart ist deshalb die Anfechtungsklage (§ 42 I Alt. 1 VwGO).

III. Klagebefugnis

Nach § 42 II VwGO müsste *K* geltend machen können, durch den Bescheid vom 10. 12. 2009 in seinen Rechten verletzt zu sein. Nach der sog. Adressatentheorie erscheint zumindest eine Verletzung des *K* in seinem Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG möglich, so dass die Klagebefugnis zu bejahen ist. Die Klagebefugnis gegen den Aufhebungsbescheid kann auch damit begründet werden, dass ein subjektiv-öffentliches Recht des *K*, das der Bewilligungsbescheid begründet hat, aufgehoben wird.

IV. Vorverfahren

Das Vorverfahren entfällt gem. § 68 I 2 VwGO i. V. mit dem AGVwGO des Landes L.

V. Beteiligtenbezogene Voraussetzungen

K ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO partei- und nach § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. Das RP hat den streitgegenständlichen Aufhebungsbescheid erlassen. Daher ist nach § 78 I Nr. 1 VwGO das Land L als Träger des RP der richtige Beklagte. Dieses ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO parteifähig. Es wird im Prozess nach § 62 III VwGO durch die Ausgangsbehörde, hier das RP, vertreten.

VI. Zuständiges Gericht, Form

K hat die Klage beim nach § 45 VwGO sachlich und nach § 52 Nr. 3 VwGO örtlich zuständigen Gericht eingereicht. Die Klage wurde nach § 81 I 1 VwGO schriftlich erhoben.

VII. Frist

Die Klage muss nach § 74 I 2 VwGO innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsakts erhoben werden. Der Aufhebungsbescheid vom 10. 12. 2009 wurde mit einfachem Brief am 11. 12. 2009 zur Post gegeben. Ein schriftlicher Verwaltungsakt gilt nach § 41 II 1 LVwVfG bei Übermittlung durch die Post im Inland am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben, so dass hier von einer Bekanntgabe am 14. 12. 2009 auszugehen ist. Damit begann die Klagefrist nach § 57 II VwGO i. V. mit § 222 I ZPO i. V. mit § 187 I BGB am 15. 12. 2009 zu laufen und endete nach § 57 II VwGO i. V. mit § 222 I ZPO i. V. mit § 188 II BGB am 14. 1. 2010. Somit wahrt die am 22. 1. 2010 erhobene Klage die Frist des § 74 I 2 VwGO nicht.

Fraglich ist jedoch, ob *K* Wiedereinsetzung nach § 60 VwGO zu gewähren ist. *K* müsste ohne Verschulden verhindert gewesen sein, eine gesetzliche Frist einzuhalten, § 60 I VwGO. Verschulden liegt vor, wenn der Beteiligte hinsichtlich der Wahrung der Frist diejenige Sorgfalt außer Acht lässt, die für einen gewissenhaften und seine Rechte und Pflichten sachgemäß wahrnehmenden Prozessführenden im Hinblick auf die Fristwahrung geboten ist und ihm nach den gesamten Umständen des konkreten Falls zuzumuten war¹.

Im Rahmen der Verschuldensprüfung ist zu beachten, dass *K* nicht – wie von § 28 I LVwVfG verlangt – angehört worden ist. Nach § 45 III 1 LVwVfG gilt die Versäumung der Rechtsbehelfsfrist als nicht verschuldet, wenn die erforderliche Anhörung eines Beteiligten vor Erlass des Verwaltungsakts unterblieben und dadurch die rechtzeitige Anfechtung versäumt worden ist. Die Norm ist nach richtiger Ansicht auf die Klagefrist des § 74 VwGO und damit auf die Wiedereinsetzungsregelung des § 60 VwGO anzuwenden, da die Verweisung auf § 32 LVwVfG ein Redaktionsversehen darstellt². Das mangelnde Verschulden wird im Fall des § 45 III 1 LVwVfG fingiert³. Bereits dem Wortlaut „dadurch“ lässt sich entnehmen, dass die Fristversäumung kausal auf die mangelhafte oder fehlende Begründung oder Anhörung zurückzuführen gewesen sein muss. Das Kausalitätserfordernis ist bereits dann erfüllt, wenn nicht auszuschließen ist, dass der Betroffene im Fall der Anhörung den Rechtsbehelf ergriffen hätte⁴.

Hier ist davon auszugehen, dass die Anhörung *K* voraussichtlich dazu veranlasst hätte, den Posteingang genauer zu kontrollieren und gerade auch Vorkehrungen für die Zeit des Betriebsurlaubs in Erwartung eines eventuell eingehenden Aufhebungsbescheids zu treffen, so dass die Voraussetzungen des § 45 III 1 LVwVfG vorliegen.

Nach § 60 II 1 Halbs. 1 VwGO ist der Antrag zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses zu stellen. Fraglich ist, wann im vorliegenden Fall von einem Wegfall des Hindernisses auszugehen ist. Man könnte daran denken, für den Fristbeginn der Wiedereinsetzungsfrist auf das Ende des Betriebsurlaubs am 11. 1. 2010 abzustellen. Jedoch ist erneut die Sonderregelung des § 45 III LVwVfG zu beachten. Nach § 45 III 2 LVwVfG tritt das für die Wiedereinsetzungsfrist maßgebende Ereignis im Zeitpunkt der Nachholung der unterlassenen Verfahrenshandlung ein, d. h. im vorliegenden Fall wäre nach dem Wortlaut der Norm auf die Nachholung der Anhörung abzustellen. Nach einem Urteil des BVerfG ist es mit Art. 19 IV GG unvereinbar, § 45 III LVwVfG dahingehend auszulegen, dass der Beginn der Wiedereinsetzungsfrist auf einen Zeitpunkt vor der nachgeholtten Anhörung verlegt wird⁵. Die Zwei-Wochen-Frist war damit mangels Nachholung der Anhörung im Zeitpunkt der Klageeinreichung noch gar nicht angelaufen. Wiedereinsetzung ist zu gewähren. Die Klage ist folglich fristgerecht erhoben worden.

VIII. Zwischenergebnis

Die Klage ist zulässig.

B. Objektive Klagenhäufung

Sieht man in dem Bescheid vom 10. 12. 2009 keinen Verwaltungsakt mit zwei Regelungsbestandteilen, sondern

- 1 Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. (2009), § 60 Rdnr. 9.
- 2 Vgl. dazu Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. (2008), § 45 Rdnr. 48; Schemmer, in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, 2010, § 45 Rdnrn. 60 f. Z. T. wird aus kompetenzrechtlichen Gründen an der Verfassungsmäßigkeit der § 45 III VwVfG entsprechenden landesrechtlichen Regelungen gezweifelt, vgl. Meyer, in: Knack/Henneke, VwVfG, 9. Aufl. (2010); Schemmer, in: Bader/Ronellenfitsch (o. Fußn. 2), § 45 Rdnr. 62.
- 3 Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. (2008), § 45 Rdnr. 154.
- 4 Kopp/Ramsauer (o. Fußn. 2), § 45 Rdnr. 50.
- 5 BVerfG, NVwZ 2001, 1392; vgl. auch Manssen, LM VwVfG Nr. 18 (10/2000).

nimmt zwei Verwaltungsakte an, sind die Voraussetzungen einer objektiven Klagenhäufung (§ 44 VwGO) zu prüfen. Da sich in diesem Fall die Klagen gegen Aufhebungs- und Rückzahlungsbescheid gegen denselben Beklagten richten, dasselbe Gericht zuständig ist und die Klagegegenstände im Zusammenhang stehen, liegen die Voraussetzungen der objektiven Klagenhäufung vor.

C. Begründetheit

Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn der Bescheid vom 10. 12. 2009 rechtswidrig und K dadurch in seinen Rechten verletzt ist, § 113 I 1 VwGO.

I. Formelle Rechtmäßigkeit des Bescheids

1. Zuständigkeit

Es hat das für den Widerruf sachlich und örtlich (§§ 49 V i. V. mit 3 I Nr. 2 LVwVfG) zuständige RP gehandelt.

2. Verfahren

Die fehlende Anhörung nach § 28 I LVwVfG kann im Laufe des gerichtlichen Verfahrens geheilt werden (§§ 45 I Nr. 3 i. V. mit 45 II LVwVfG).

3. Form

Formfehler sind nicht ersichtlich, insbesondere liegt eine ordnungsgemäße Begründung nach § 39 I 1 LVwVfG vor.

II. Materielle Rechtmäßigkeit des Bescheids

1. Widerruf der Subvention nach § 49 III LVwVfG

Der Widerrufsbescheid ist materiell rechtmäßig, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 49 III LVwVfG gegeben sind und eine ordnungsgemäße Ermessensausübung stattgefunden hat.

a) Tatbestandsvoraussetzungen

aa) *Rechtmäßiger Verwaltungsakt über Geldleistung mit Zweckbindung.* § 49 III 1 LVwVfG verlangt einen rechtmäßigen Verwaltungsakt über eine Geld- oder teilbare Sachleistung mit einer bestimmten Zweckbindung. Auf dessen Rechtmäßigkeit kommt es entgegen dem Wortlaut aber nicht an, da auf Grund eines Erst-recht-Schlusses auch ein rechtswidriger Verwaltungsakt nach § 49 III LVwVfG widerrufen werden kann⁶. Der Bewilligungsbescheid betrifft eine einmalige Geldleistung, die zur Erfüllung eines bestimmten Zwecks, nämlich für die Umstellung des Schlachthofs auf ökologische Fleischproduktion, gewährt worden war.

bb) *Widerrufsgrund.* Als Widerrufsgrund könnte zunächst in Betracht kommen, dass die Leistung nicht für den im Verwaltungsakt bestimmten Zweck verwendet worden ist, § 49 III 1 Nr. 1 LVwVfG. Eine zweckentsprechende Mittelverwendung liegt aber vor. K hat die Mittel für den Ausbau seines Schlachthofs verwendet. Die Verpflichtung, 70% der Kapazität für die Verarbeitung von Ökofleisch zu nutzen, betrifft nicht die Zweckbestimmung des Zuschusses. Viel-

mehr handelt es sich dabei um eine von der Hauptregelung zu trennende, eigenständige Verpflichtung.

Jedoch könnte § 49 III 1 Nr. 2 LVwVfG einschlägig sein. Dazu müsste eine mit dem Verwaltungsakt verbundene Auflage nicht erfüllt worden sein. Fraglich ist, ob es sich bei der Maßgabe, 70% der Kapazität für Ökofleisch zu reservieren, um eine „Auflage“ i. S. des § 36 II Nr. 4 LVwVfG handelt. Eine Auflage verpflichtet den Begünstigten zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass zusätzlich zur Hauptregelung eine weitere Regelung in Form einer selbstständig erzwingbaren hoheitlichen Anordnung hinzutritt, die sich von der Hauptregelung trennen lässt⁷. Hier bestehen keine Bedenken gegen die Qualifizierung der Maßgabe als Auflage. Diese ist auch nicht erfüllt worden. In keinem Jahr der Bindungsfrist wurden 70% Ökofleisch verarbeitet. Auf die Rechtmäßigkeit der Auflage kommt es, wenn insoweit Bestandskraft eingetreten ist, nicht an⁸. Auch für eine Nichtigkeit der Auflage nach § 44 LVwVfG, insbesondere auf Grund von Unmöglichkeit der Erfüllung der Auflage, gibt es keine Anhaltspunkte, da die nicht erfolgte Auslastung des Schlachthofs auf wirtschaftliche Gründe wegen zurückgehender Absatzmärkte zurückzuführen war, jedoch kein Mangel an Schlachttieren aus biologischer Tierhaltung herrschte⁹. Auf ein Verschulden des Begünstigten bei der Nichterfüllung der Auflage kommt es nicht an; fehlendem Verschulden kann lediglich im Rahmen der Ermessensausübung Rechnung getragen werden¹⁰. Ein Widerrufsgrund nach § 49 III 1 Nr. 2 LVwVfG liegt somit vor.

cc) *Frist.* Fraglich ist, ob die Frist des §§ 49 III 2 i. V. mit 48 IV LVwVfG eingehalten worden ist. Die Jahresfrist ist so zu verstehen, dass die Behörde innerhalb eines Jahres nach Kenntnis der Nichterfüllung der Auflage zum Widerruf berechtigt ist. Es war bereits Anfang des Jahres 2004 klar, dass die Bewilligungsbedingungen nicht vollständig eingehalten werden. Das endgültige Ausmaß der Nichteinhaltung ergab sich jedoch erst nach Ablauf der Bindungsfrist Ende 2007. Fraglich ist, ob mit Übersendung des Berichts Anfang 2008 die Kenntnis beginnt. § 48 IV LVwVfG wird als Entscheidungsfrist der Behörde verstanden. Reine Tatsachenkenntnis reicht für den Fristbeginn nicht aus. Die Frist beginnt erst dann zu laufen, wenn die Behörde umfassende Sach- und Rechtskenntnis erlangt hat¹¹. Hier wurde noch 2008 versucht, eine Änderung der Bewilligungsbedingungen im Sinne von K zu erreichen. Bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Europäische Kommission dieses Ansinnen eindeutig abgelehnt und auf einer Rückforderung bestanden hat, hatte die zuständige Behörde keine endgültige Sach- und Rechtskenntnis hinsichtlich der Frage, ob die Bewilligung aufzuheben ist. Daher kann die Frist nicht vor Januar 2009 zu laufen

6 *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 3), § 49 Rdnr. 6.

7 Vgl. *Ulrich Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 3), § 36 Rdnr. 83; *Kopp/Ramsauer* (o. Fußn. 2), § 36 Rdnr. 29.

8 Vgl. *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 3), § 49 Rdnr. 49 i. V. mit Rdnr. 105; *Kopp/Ramsauer* (o. Fußn. 2), § 49 Rdnr. 38 a. m. w. Nachw. zur Gegenauffassung in Fußn. 91.

9 § 44 II Nr. 4 LVwVfG erfasst lediglich die tatsächliche objektive Unmöglichkeit und ist auf Fälle der subjektiven Unmöglichkeit nicht anwendbar. Die Frage der Nichtigkeit beurteilt sich in diesen Fällen ausschließlich nach § 44 I LVwVfG; vgl. *Kopp/Ramsauer* (o. Fußn. 2), § 44 Rdnr. 42.

10 *Kopp/Ramsauer* (o. Fußn. 2), § 49 Rdnr. 38 b.

11 Vgl. *Kopp/Ramsauer* (o. Fußn. 2), § 48 Rdnr. 154.

begonnen haben, womit der Widerruf vom Dezember 2009 auch nicht verfristet ist.

b) Ermessen

Der Widerruf ist ein Ermessensverwaltungsakt. Fraglich ist, ob der Behörde ein Ermessensfehler unterlaufen ist (§ 114 S. 1 VwGO). Der Grundsatz der Geeignetheit im Rahmen des Übermaßverbots könnte verletzt sein. Geeignet ist eine Maßnahme dann, wenn sie einen legitimen Zweck fördert. Zweck des Widerrufs ist der sparsame Umgang mit Haushaltsmitteln. Durch den Widerruf des Bewilligungsbescheides ist bei K realistisch gesehen jedoch kein Geld zu erlangen. Der Schlachthof ist zur Absicherung von Bankdarlehen hoch belastet. Andere Vermögenswerte bestehen nicht. Aber nur mit Aufhebung des Bescheides besteht überhaupt die Möglichkeit, Geld von K zurückzuerlangen, sonst wäre der Bescheid Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Leistung. Geeignetheit ist daher gegeben.

Der Widerruf könnte unverhältnismäßig sein, da damit 30 Arbeitsplätze vernichtet werden. Andererseits ist die Insolvenz von Unternehmen in einer Marktwirtschaft systemimmanent und kann kein Grund dafür sein, nicht zweckentsprechend verwendete öffentliche Mittel in privater Hand zu belassen.

Fraglich ist allerdings, ob ermessensfehlerfrei von der Widerrufsmöglichkeit für die Vergangenheit des § 49 III LVwVfG Gebrauch gemacht worden ist. Dabei ist zu beachten, dass K unter maßgeblichem Einsatz eigener Mittel die Subvention so investiert hat, wie er dies beantragt hatte. Ihn trifft kein Verschulden an der Änderung der Marktlage und an dem Fehlschlag im Hinblick auf die Errichtung eines Ökoschlachthofes. K hat in erheblichem Maße auch eigene Mittel verloren. Insofern wäre es ermessensgerecht, den Bescheid nicht zum 1. 1. 2003, sondern nur mit Wirkung für die Zukunft zu widerrufen, so dass zumindest für den Zeitraum bis zum Widerruf keine Zinsen nach § 49a III 1 LVwVfG anfallen. Der Aufhebungsbescheid ist insofern rechtswidrig¹².

Ferner ist zu prüfen, ob nicht lediglich ein Teilwideruf angemessen gewesen wäre. Die Teilbarkeit ist bei Geldleistungen unproblematisch gegeben. Ob der Widerruf umfassend oder nur teilweise ausgesprochen wird, liegt im Ermessen der Behörde, das maßgeblich durch die Zweckbestimmung der Leistung determiniert und durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzt wird¹³. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann insbesondere bei objektiv geringfügigen Zweckverfehlungen oder Auflagenverstößen einem Widerruf des gesamten Bescheides entgegenstehen¹⁴. Hier liegt jedoch ein massiver Verstoß gegen die Auflage vor. Die für die Verarbeitung von Biofleisch vorgesehene Kapazität wird bei Weitem nicht erreicht. Somit scheidet ein Teilwideruf nach richtiger Ansicht aus.

Schließlich könnte man auch daran denken, dass ein Ermessensfehler deshalb vorliegt, weil das zuständige RP intern angewiesen worden ist, den Bescheid aufzuheben. Auch die Kommission beharrte auf der Aufhebung, so dass das RP selbst gar keinen Ermessensspielraum hatte. Die Tatsache, dass die Entscheidung über den Widerruf auf einer internen Weisung des Landwirtschaftsministeriums beruhte, führt jedoch nicht per se zu einer ermessensfehlerhaften Entschei-

dung. Auch wenn das RP keinerlei Ermessenserwägungen angestellt haben sollte, hätte dies keinen Ermessensausfall zur Folge¹⁵. Mit den Anforderungen an eine sachgerechte Ermessenausübung kann und soll nicht die bestehende Verwaltungshierarchie außer Kraft gesetzt werden. Übergeordnete Behörden sind befugt, im Rahmen ihrer verwaltungsinternen Weisungsrechte auch in konkreten Einzelfällen die Ermessenausübung durch untergeordnete Stellen zu bestimmen. Soweit das Ministerium von seiner Weisungsbefugnis gegenüber dem RP Gebrauch machte, war es auch für den Inhalt der Ermessensentscheidung verantwortlich, d. h. der auf Ministerialebene zur Weisungserteilung führende Willensbildungsprozess musste demnach selbst den Anforderungen an eine sachgerechte Ermessenausübung entsprechen¹⁶. Hinsichtlich einer ordnungsgemäßen Ermessenausübung durch das Ministerium bestehen keine Bedenken. Der vom RP übernommenen Begründung des Widerrufs lässt sich entnehmen, dass das Ministerium den Ermessensspielraum erkannt und konkret einzelfallbezogene Erwägungen angestellt hat. Dass das Ministerium einer Aufforderung der Europäischen Kommission folgt, ist ebenfalls kein Ermessensfehler.

2. Rückforderung des Baukostenzuschusses plus Zinsen

a) Rechtsgrundlage

Hätte der Widerruf nur ex nunc erfolgen dürfen, stellt sich die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Rückforderung des Baukostenzuschusses zzgl. Zinsen¹⁷. Der Wortlaut des § 49a I 1 LVwVfG erfasst die Fälle des Widerrufs mit Wirkung für die Zukunft nicht. § 49a I LVwVfG ist jedoch nicht abschließend und zielt nicht auf einen Ausschluss der Rückforderungsmöglichkeit in Fällen des Widerrufs ex nunc ab. Auch bei einem Widerruf ex nunc entfällt mit der Aufhebung des Subventionsbescheides die Rechtsgrundlage als Bedingung für das Behaltendürfen der Leistung, so dass zumindest der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch eine Rückforderungsmöglichkeit eröffnet¹⁸.

Stützt man sich auf den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch als ungeschriebenes Institut des allgemeinen Verwaltungsrechts, so stellt sich die Frage nach der Berechtigung zur Regelung der Rückforderung durch Bescheid. Eine geschriebene Rechtsgrundlage vergleichbar § 49a I 2 LVwVfG existiert nicht. Nach der von der h. M. vertretenen Kehrseitentheorie, wonach eine durch Verwaltungsakt gewährte Leistung bei Bestehen eines Erstattungsanspruchs durch Verwaltungsakt zurückgefordert werden kann¹⁹, durfte die Rückforderung auch in diesem Fall durch Bescheid erfolgen. Als Alternative zu einer Heranziehung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs könnte man

12 Gegenansicht vertretbar.

13 Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (o. Fußn. 3), § 49 Rdnr. 97.

14 Vgl. Kopp/Ramsauer (o. Fußn. 2), § 49 Rdnr. 73; VGH München, BayVBl 2005, 50 (51).

15 Vgl. VGH München, BayVBl 2005, 50 (50 f.).

16 Vgl. VGH München, BayVBl 2005, 50 (51); Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (o. Fußn. 3), § 40 Rdnr. 52.

17 Hierauf muss nach dem Bearbeitervermerk ggf. hilfsw. eingegangen werden.

18 Vgl. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (o. Fußn. 3), § 49a Rdnr. 9; für eine Rückforderung auf der Grundlage des allg. Erstattungsanspruchs z. B. Kopp/Ramsauer (o. Fußn. 2), § 49a Rdnr. 8.

19 Kopp/Ramsauer (o. Fußn. 2), § 49a Rdnr. 1.

auch an eine analoge Anwendung des § 49 a LVwVfG denken. Diese wird zum Teil für die Konstellationen, in denen Rücknahme und Widerruf auch mit Wirkung für die Vergangenheit zulässig sind, mit der Begründung vertreten, dass Differenzierungen bezüglich der Rückforderungsmöglichkeiten hier zweckwidrig erscheinen und kein Grund für eine von den Rechtsfolgen des § 49 a I–III LVwVfG abweichende Behandlung erkennbar ist²⁰. Von der Analogie erfasst werden sollen die Fälle, in denen eine rückwirkende Aufhebung rechtlich möglich gewesen wäre, von der jedoch zu Gunsten des Betroffenen bewusst abgesehen wurde²¹. Letztlich besteht nach beiden Ansichten eine Rechtsgrundlage für die Rückforderung der Subvention, so dass es diesbezüglich keinen Unterschied ausmacht, welcher Ansicht man folgt.

Problematisch ist, gerade wenn man von einem öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch ausgeht, die Tatsache, dass die Behörde die Rückforderung ausgehend von einem rückwirkenden Widerruf auf der Basis von § 49 a I LVwVfG vornehmen wollte, also die falsche Rechtsgrundlage herangezogen hat. Dies ist kein Problem der Umdeutung (§ 47 LVwVfG), da der Verwaltungsakt gerade nicht in seinem Entscheidungssatz geändert werden soll²², sondern es stellt sich die Frage nach dem Austausch der Rechtsgrundlage. Das Heranziehen der falschen Ermächtigungsgrundlage hat dann keine rechtlichen Auswirkungen, wenn die Voraussetzungen einer anderen Rechtsgrundlage für den Erlass des Verwaltungsakts erfüllt sind. Das Auswechseln der Rechtsgrundlage kann zulässig und geboten sein, solange der Regelungsgegenstand des angefochtenen Verwaltungsakts sich nicht ändert, d. h. der auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis bezogene „Spruch“ nicht verändert wird²³. Da § 49 a LVwVfG lediglich eine spezielle gesetzlich geregelte Ausprägung des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs ist, bestehen keine Bedenken gegen einen Austausch der Rechtsgrundlage. Somit war die Rückforderung der Subventionszahlung dem Grunde nach rechtmäßig.

b) Umfang der Rückerstattung

Zu klären ist der Umfang der Erstattung. § 49 a II 1 LVwVfG regelt den Umfang des Erstattungsanspruchs über eine Rechtsfolgenverweisung auf die Vorschriften des BGB über die ungerechtfertigte Bereicherung. Nachdem hier die gewährten Mittel verbaut worden sind, ist nur ein Wertersatzanspruch nach § 49 a II 1 LVwVfG i. V. mit § 818 II BGB möglich. Der Rechtsgedanke des § 818 II BGB ist auch heranzuziehen, wenn man den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch zu Grunde legt²⁴.

Jedoch kommt ein Entreichereinwand in Betracht. Dieser ist in § 49 a II 1 LVwVfG i. V. mit § 818 III BGB spezialgesetzlich geregelt. Zwar herrscht mittlerweile weitgehend Einigkeit, dass § 818 III BGB auf den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch nicht analog anwendbar ist, jedoch ist ein Entreichereinwand im Hinblick auf Vertrauensschutzerwägungen denkbar und kann der Grundgedanke des § 49 a II LVwVfG in diesem Zusammenhang fruchtbar gemacht werden, so dass man auch insoweit zu keinen abweichenden Ergebnissen kommt²⁵.

Darauf, ob die Entreichung vom Pflichtigen einredeweise geltend gemacht werden muss oder nur von Amts wegen zu berücksichtigen ist, kommt es hier nicht an, da K die Entrei-

cherungseinrede erhoben hat²⁶. Hier hat der Schlachthofbetrieb, in den die 750 000 Euro investiert worden sind, auf Grund der schlechten wirtschaftlichen Bedingungen für die Fleischindustrie deutlich an Wert verloren. Auf die Ermittlung des genauen Umfangs der Entreichung käme es jedoch dann nicht an, wenn sich K ohnehin nicht auf Entreichung berufen könnte. Nach § 49 a II 2 LVwVfG kann sich der Begünstigte auf den Wegfall der Bereicherung nicht berufen, soweit er die Umstände kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte, die zur Rücknahme, zum Widerruf oder zur Unwirksamkeit des Verwaltungsakts geführt haben. Der Zeitpunkt der Bösgläubigkeit wird in § 49 a II 2 LVwVfG nicht ausdrücklich bestimmt; anders als in § 819 I BGB wird nicht explizit zwischen ursprünglicher und nachträglicher Bösgläubigkeit differenziert. Jedoch erlaubt die „so-weit“-Klausel des Halbs. 2 zeitliche Abstufungen, d. h. der erst später bösgläubig gewordene Begünstigte kann sich auf eine vor dem Eintritt der Bösgläubigkeit erfolgte Entreichung berufen²⁷. Bei K ist davon auszugehen, dass er zu dem Zeitpunkt im Jahr 2003 bösgläubig wurde, an dem ihm klar wurde, dass er die 70%ige Ausnutzung der Schlachthofkapazität für die Verarbeitung von Biofleisch nicht mehr würde erfüllen können. Damit musste ihm bewusst sein, dass er die Auflage bereits für das Jahr 2003 nicht erfüllt hat, so dass er die Umstände, die zu einem Widerruf führen können, gekannt hat. Der Wertverlust des Schlachthofs, in dessen Umbau der Baukostenzuschuss investiert worden war, ist jedoch erst im Jahr 2004 eingetreten, so dass K im Zeitpunkt der Entreichung bereits bösgläubig war. Somit kann er sich nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen, so dass die 750 000 Euro in vollem Umfang zurückgefordert werden können²⁸.

Abschließend bleibt noch die Rechtmäßigkeit der Zinsforderung zu klären. Berechnungsfehler als solche liegen laut Sachverhalt nicht vor. Geht man wie hier davon aus, dass der Widerruf ex nunc hätte erfolgen müssen, ist der Bescheid hinsichtlich der festgesetzten Zinsen ab dem 1. 1. 2003 rechtswidrig. Zinsen können nur ab dem Widerrufszeitpunkt mit Wirkung für die Zukunft verlangt werden, wenn man § 49 a III 1 LVwVfG analog anwendet²⁹.

III. Ergebnis

Hält man nur einen Widerruf ex nunc für rechtmäßig, so ist der Widerrufsbescheid teilweise rechtswidrig und K insofern zumindest in Art. 2 I GG verletzt. Die Klage wäre in diesem Fall zulässig und hinsichtlich der festgesetzten Zinsforderung begründet, im Übrigen unbegründet.

20 *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 3), § 49 a Rdnr. 11.

21 *Falkenbach*, in: *Bader/Ronellenfisch* (o. Fußn. 2), § 49 a Rdnr. 5.1.

22 *Vgl. Kopp/Ramsauer* (o. Fußn. 2), § 47 Rdnr. 7.

23 *Schenmer*, in: *Bader/Ronellenfisch* (o. Fußn. 2), § 47 Rdnr. 19.

24 *BVerwG*, NVwZ-RR 2005, 416 (416).

25 *Detterbeck*, in: *Detterbeck/Windborst/Sproll*, StaatshaftungsR, 2000, S. 434 ff.

26 *Vgl. zum Streitstand: Kopp/Ramsauer* (o. Fußn. 2), § 49 a Rdnr. 14.

27 *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 3), § 49 a Rdnr. 68 f.

28 Zu einem anderen, genauso gut vertretbaren Erg. bzgl. des Entreichereinswands kommt man, wenn man die Rspr. aus dem ZivilR überträgt, wonach der Entreichereinwand erhalten bleibt, wenn die Ursache für die nach Bösgläubigkeit eingetretene Entreichung bereits vor Bösgläubigkeit gesetzt war (vgl. *Sprau*, in: *Palandt*, BGB, 69. Aufl. [2010], § 819 Rdnr. 8) und argumentiert, die Ursache für den Wertverlust sei die bereits 2003 ausgelöste Krise der Fleischindustrie.

29 Für den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch existiert kein allg. Grundsatz, dass Erstattungsbeträge vom Schuldner zu verzinsen sind, vgl. *Ossenbühl*, StaatshaftungsR, 5. Aufl. (1998), S. 432.

